

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 19 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de URBASER, S.A. contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el contrato de “Concesión de servicio público para tratamiento de residuos domésticos, con recuperación de materiales y valorización energética de combustible derivado de residuos en la Planta de las Lomas del Parque Tecnológico de Valdemingómez”, número de expediente 133/2020/00281, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 3 de junio de 2021 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 4 de junio en el DOUE, con posteriores modificaciones de fecha 9 de junio, 22 de junio y 8 de septiembre de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 145.254.101,37 euros y su plazo de duración será desde la fecha de formalización del contrato, estableciéndose el 31 de diciembre de 2025 como fecha improrrogable de fin del contrato.

A la presente licitación se presentaron cinco empresas, entre ellas, la recurrente.

Segundo.- Tras el desarrollo del procedimiento de licitación mediante Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, de 22 de marzo de 2022, se adjudica el contrato a la UTE CESPAS GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.- AQUAMBIENTE SERVICIOS PARA EL SECTOR DEL AGUA, S.A.U. (en adelante la UTE).

Tercero.- El 12 de abril de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de URBASER en el que solicita la nulidad del procedimiento de licitación y subsidiariamente se le otorgue 0 puntos en los criterios de adjudicación automáticos “Canon fijo anual”, “Porcentaje de recuperación de materiales” y “Porcentaje de rechazos”. De no estimarse lo anterior, retroacción del procedimiento de licitación a los efectos que se realice la corrección de las infracciones antes la incoherencia manifestada durante el proceso de justificación de la viabilidad de la propuesta de la UTE.

El 25 de abril de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, presentando las mismas dentro del plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 22 de marzo de 2022, practicada la notificación el posterior 23, e interpuesto el recurso el 12 de abril de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación, en el marco de un contrato concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en las siguientes alegaciones:

5.1. Nulidad del procedimiento ante la ausencia de exposición pública del Estudio de Viabilidad Económico. Financiero.

Manifiesta el recurrente que el órgano de contratación no ha expuesto a información pública el estudio de viabilidad económico-financiera del proyecto en cumplimiento del artículo 285 de la LCSP lo que supone una omisión determinante de causa de nulidad de pleno derecho en virtud del artículo 47 de la Ley 39/2015.

Al respecto cita el apartado segundo del artículo 285. *“En los contratos de concesión de servicios la tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto”.*

Considera que en correlación a dicho precepto el 297 de la LCSP estipula que *“En lo no previsto en el presente Capítulo respecto al contrato de concesión de servicios, le será de aplicación la regulación establecida en la presente Ley respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquel”.*

Y que el artículo 247 de la LCSP determina en su apartado 3 que “*La Administración concedente someterá el estudio de viabilidad a información pública (...)*”, a pesar de que el apartado 6 del mismo precepto permite a la Administración concedente acordar motivadamente la sustitución del estudio de viabilidad por un estudio de viabilidad económico-financiera cuando por la naturaleza de las obras o por la cuantía de la inversión requerida considera que este es suficiente, en todo caso el órgano de contratación debe asegurar el trámite de información pública.

Añade que no se puede oponer a esta pretensión la posible extemporaneidad pues dicho estudio no fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público a pesar de lo establecido en el apartado 7 del artículo 247.

Por su parte el órgano de contratación opone que la LCSP establece en el Capítulo III (“*Del contrato de concesión de servicios*”) artículos 284 a 297, las prescripciones que deben cumplir los contratos de concesión de servicio público.

El artículo 285 aplicable al contrato de referencia no establece ningún requisito relativo a la exposición pública o publicación. En el expediente consta que el 23 de abril de 2021 se acordó mediante Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, la sustitución de la aprobación de un estudio de viabilidad por la elaboración y aprobación de un estudio de viabilidad económico-financiera. Asimismo, mediante Decreto del órgano de contratación de 27 de abril de 2021 se aprobó el Estudio de viabilidad Económico-Financiera. Estas fechas son anteriores a la aprobación del expediente de contratación y a la apertura del procedimiento de licitación acordada mediante Decreto de 20 de mayo de 2021.

Añade que el informe de viabilidad económico-financiera, ni siquiera en la regulación que se contiene específicamente para el contrato de concesión de obra, debe ser objeto de información pública, por cuanto la exigencia solo viene predicada respecto del Estudio de Viabilidad según dispone el artículo 247.3 de la LCSP.

En consecuencia, en tanto que existe una expresa regulación del estudio de viabilidad o del estudio de viabilidad económico-financiera del contrato de concesión de servicio en el citado artículo 285, a la que se ha dado debido cumplimiento, no resulta procedente la aplicación de la remisión contenida en el artículo 297 de la LCSP que estipula que *“en lo no previsto en el presente Capítulo respecto al contrato de concesión de servicios, le será de aplicación la regulación establecida en la presente Ley respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquel”*.

Añade que se ha respetado los principios de transparencia y publicidad pues se han publicado en la Plataforma de la Contratación del Sector Público todos los documentos que exige el artículo 63.3 de la LCSP.

Además hace referencia a que durante el plazo de presentación de ofertas se organizaron visitas a las instalaciones se resolvieron las consultas planteadas por los licitadores y que ninguno de los licitadores ha manifestado falta de información, es más la empresa recurrente es la que mejor conoce la explotación de la planta de Las Lomas puesto que ha sido quien la ha construido y la única que la ha gestionado desde su origen, durante un periodo de más de 20 años y que mantiene la explotación de la planta mediante encargo realizado por el Ayuntamiento al término del contrato de concesión anterior, aún a la fecha actual y hasta la formalización del contrato.

Por su parte el adjudicatario alega que la LCSP no exige que el estudio de viabilidad económico-financiera de una concesión de servicios deba someterse a información pública a diferencia del contrato de concesión de obras pues tiene su propia regulación y que esta alegación de la recurrente es a todas luces contraria a la buena que es la actual operadora de la planta y que únicamente cuestiona la validez del documento una vez que tiene constancia de que no se la adjudicataria.

Al respecto cita la Resolución 303/2020, de 5 de marzo de 2020 del TACRC:
“(…) el estudio de viabilidad que, como requisito previo e imperativo, se regula en el

artículo 247 de la LCSP para el contrato de concesión de obra, es cualitativamente distinto del previsto, también como acto preparatorio imperativo del contrato de concesión de servicios, en el artículo 285.2 de la LCSP”.

Añade que esta alegación del recurso especial es inadmisibles porque no se dirige contra un acto susceptible de recurso especial y por ser extemporánea.

Vistas las posiciones de las partes, en primer lugar, indicar que no comparte este Tribunal con el adjudicatario la pretendida inadmisibilidad de la alegación, pues el estudio de viabilidad es un documento que conforma el expediente de contratación y como tal susceptible de recurso especial en materia de contratación. Cuestión diferente es que sea una alegación extemporánea pues efectivamente podía haber solicitado vista del expediente en el momento procedimental oportuno para constatar el supuesto vicio cometido.

No obstante lo anterior, este Tribunal considera oportuno pronunciarse sobre esta cuestión y no puede más que acoger las alegaciones del órgano de contratación y del adjudicatario pues la regulación, en cuanto a la cuestión controvertida, se establece en el artículo 285.2 de la LCSP que se refiere a los contratos de concesión de servicios no siendo aplicable de forma supletoria, en este aspecto, lo previsto para los contratos de concesión de obras, pues tiene su regulación específica.

De acuerdo con el reiterado artículo 285.2. el órgano de contratación aprobará un estudio de viabilidad o en su caso un estudio de viabilidad económico- financiera. En el presente supuesto ha optado por la elaboración de un estudio de viabilidad económico-financiera justificando dicha opción, a pesar de no ser exigible. Añadir que de acuerdo con la LCSP no es exigible ni el trámite de información pública ni su publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

En consecuencia, se desestima esta pretensión del recurrente.

5.2. La oferta de la adjudicataria incumple claramente los pliegos de condiciones.

Manifiesta la recurrente que la Cláusula 23 del Cuadro de Características del PCAP distribuye 80 puntos entre los siguientes criterios de valoración automáticas: canon fijo anual (25 puntos); (ii) canon residuo doméstico (15 puntos); (iii) canon valorización energética (15 puntos); (iv) reducción en la generación de rechazos (16 puntos) y (v) porcentaje de recuperación de materiales (9 puntos).

En la cláusula 23 se estipulaba la valoración del canon fijo anual de la siguiente manera:

“1.1.- Canon fijo anual (CFi) ($\leq 4.300.000$ €)

El canon fijo anual ofertado será puntuado con un máximo de 25 puntos.

Los interesados formularán ofertas de canon fijo iguales o inferiores a 4.300.000 euros al año. La puntuación de cada oferta se obtendrá mediante la aplicación de la siguiente fórmula progresiva:

$$CFi = CFmáx \cdot (Bi/Bmay)^{1/2}$$

Las expresiones de la fórmula tendrán el siguiente valor:

- CFi = Puntuación obtenida por el licitante i.*
- CFmáx = Puntuación máxima, igual a 25.*
- Bmay = Baja mayor, expresada en %.*
- Bi = Baja ofertada por el licitante i, expresada en %.*

La aplicación de esta fórmula garantiza que al menor canon fijo ofertado (baja mayor) le corresponderá la máxima puntuación (25 puntos), y al mayor canon fijo ofertado (baja menor) le corresponderá la menor puntuación.

A una baja igual al 0% le corresponde una valoración de 0 puntos”.

Alega que la UTE oferta un valor de 0 euros respecto del canon fijo anual, propuesta intencionada para recibir el máximo de puntos de dicho criterio y que condiciona al resto de oferentes.

Considera que esta oferta constituye una infracción de los pliegos por aplicación indebida del criterio de valoración relativo al canon fijo, al considerar que éste es un elemento esencial del contrato y que incurre en desviación de la finalidad por razón de la cual se incluyó el canon fijo.

Cita diversos apartados tanto del Estudio de viabilidad como de los pliegos para poner de manifiesto el carácter esencial del canon fijo, así alega que el sistema de determinación del presupuesto base de la licitación incorpora, junto a los cánones variables, *“un canon fijo para tener las instalaciones preparadas y el personal imprescindible para poder realizar el pretratamiento con recuperación de materiales de 360.000 de RD al año y poder valorizar energéticamente 300.000 al año de CDR”*, sin perjuicio de que unos y otros cánones resulten afectados por los porcentajes de baja adjudicación. Añade que la existencia de este canon se debe al hecho de que el Ayuntamiento no garantiza el suministro de toneladas determinadas de residuos.

A su juicio la evidencia de la inadmisibles aceptación de ofertas de cánones fijos de baja del 100% la ofrece el informe justificativo de la necesidad, idoneidad y eficiencia de contratar el servicio mediante procedimiento abierto que justifica la elección de la fórmula polinómica exponencial en que acota el margen entre los extremos de la oferta y no permiten grandes oscilaciones y que para ello utilizó ejemplos en los que no contemplo que el valor haya sido 0 euros.

Añade que según el PPT el adjudicatario para mantener las instalaciones tiene que soportar una serie de costes. Por ello, considera que la baja no es admisible y por ende conlleva a la inexistencia de la oferta.

En definitiva, la presentación de un canon fijo anual a 0 euros resulta una distorsión de la competencia que priva al resto de licitadores, que ajustaron sus ofertas a los precios reales del mercado, de la posibilidad de ser adjudicatarios del contrato disputado, pues resulta desde luego irrelevante qué concreto precio hubiéramos ofrecido para el canon anual y, en buena medida, resulta asimismo irrelevante la

puntuación obtenida en el resto de apartados: es prácticamente imposible superar la ventaja obtenida por el licitador que ha vaciado ficticiamente de costes la prestación vinculada al canon fijo anual.

Advierte la recurrente que en oposición a sus alegaciones no se puede argumentar que dichos costes fijos se repercutirían en los otros cánones que determinan el sistema retributivo previsto en los pliegos pues es la administración la que ha decidido hacer una separación e individualización tanto de prestaciones como de sus costes y valoración de los mismos, sin perjuicio de que, como en todo contrato público, todo ello se traduzca en un precio único. En conclusión, el trasvase de costes entre los distintos cánones merecería la calificación de fraude de ley.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que el pliego no recoge únicamente un canon (el canon fijo) sino que se distingue un canon fijo, un canon de tratamiento de residuos domésticos (canon de RD), y un canon de incineración de rechazos de residuos procedentes de otras plantas de tratamiento de residuos del PTV (canon de CDR externo o combustible derivado de residuos). Y el pliego permite ofertar, tanto para el canon fijo anual como para el resto de los cánones, valores iguales o menores a los previstos en el pliego.

De la exposición que realiza la empresa recurrente en este apartado, no se deduce con claridad si el origen de la controversia para la recurrente es la ponderación que establece el PCAP para la valoración de los criterios no subjetivos o que la empresa adjudicataria haya condicionado con su oferta la del resto de los licitadores al ofertar un canon fijo anual de 0 euros. En el primer supuesto debería haber recurrido los pliegos en la fase de licitación correspondiente, que al no haber ejercido su derecho han devenido firmes.

Señala el órgano de contratación que evidentemente la puntuación obtenida por un licitador condiciona la puntuación de los otros.

En la presente licitación, la puntuación obtenida por la UTE en el apartado del canon fijo anual fue de 25 puntos habiendo ofertado un canon de 0 €; la empresa Valoriza obtuvo 21,65 puntos habiendo ofertado un canon de 1.075.000 €; y la empresa recurrente, Urbaser, obtuvo 20 puntos habiendo ofertado un canon de 1.548.000 €. La diferencia entre la empresa que más puntos obtuvo en este criterio (25 puntos) y la segunda (21,65 puntos) es de 3,35 puntos, sobre un total de 55 puntos para la propuesta económica, 80 puntos para los criterios objetivos valorables en cifras o porcentajes, y de 100 puntos en total para el conjunto de la licitación. Finalmente, que la oferta de la adjudicataria relativa al canon fijo fuera 0 € no resulta especialmente significativo en la distribución final de la puntuación, ya que cualquier oferta de canon fijo inferior a 1.075.000 € (que es la oferta de la segunda empresa con mayor puntuación en este criterio) hubiera obtenido los mismos 25 puntos.

Es significativo que, sin embargo, la recurrente no considere que se altera la competencia en relación con la baremación del siguiente criterio de adjudicación, el del Canon de Residuo Doméstico, en el que Urbaser obtiene la máxima puntuación, por haber ofertado el canon más bajo.

En cuanto a lo alegado por el recurrente de que el canon fijo tiene un carácter esencial opone el Ayuntamiento que el apartado 5 del Anexo I del PCAP, dedicado al *“Régimen económico del contrato”* señala claramente cuáles son los ingresos del contratista: *“El contratista recibirá como retribución, la obtenida mediante la venta de los materiales recuperados y la venta de la energía producida. Además, siempre que se cumplan las condiciones contractuales, percibirá un canon fijo, además de una cantidad por cada tonelada de RD (Residuo Doméstico) pretratada y valorizada energéticamente, y otra cantidad por cada tonelada de CDR (Combustible Derivado de Residuo) externo, valorizada energéticamente. De estos pagos se descontarán las toneladas de rechazo producidas, que deban ser enviadas a vertedero o a tratar en otras plantas; también se producirá un descuento por incumplir el porcentaje de recuperación de materiales ofertado, o por no haber gestionado su reciclado y generar un exceso de almacenamiento del material recuperado y no reciclado”*.

Esta y no otra es en definitiva la síntesis de las prestaciones y contraprestaciones que resultan esenciales en el contrato. No cabe atribuir, subjetivamente, un valor esencial a uno de los elementos que integran el régimen económico (en este caso al canon fijo) por encima de otro u otros, pues la relevancia de cada uno de ellos dependerá del planteamiento económico y de negocio que realice cada licitador. De manera que el alcance del canon fijo no es una cuestión considerada esencial en el pliego de la concesión, concesión que está integrada por todo un conjunto de prestaciones, que generan diversos ingresos y gastos.

Lo determinante es que la oferta adjudicada resulte viable técnica y económicamente y que permita asegurar la continuidad del servicio, cuestión ésta que es precisamente la que se ha analizado en el informe de valoración de la justificación de la oferta presentada por la UTE que trata un exhaustivo y completo análisis de la oferta y de su justificación concluyendo y proponiendo la aceptación de la viabilidad de la oferta, informe que no ha sido cuestionado por la recurrente.

Las estimaciones de costes e ingresos previstas en los pliegos no son vinculantes para las empresas, éstas pueden dar cumplimiento a las obligaciones contractuales estableciendo su propio modelo de negocio, de ingresos y gastos, que no tiene por qué coincidir con las estimaciones del pliego y del Estudio de viabilidad, como de hecho así ha sucedido ya que ninguno de los licitadores ha ofertado los cánones previstos en el pliego, sino que lo ha hecho en función de sus propias previsiones de ingresos y gastos. De hecho, ninguno de los licitadores ha mantenido los precios o cánones establecidos en el pliego, habiendo realizado bajas sobre el precio de licitación del canon fijo que alcanzan el 75% (Valoriza), el 64% la propia empresa recurrente, o el 100% que ha ofertado la empresa adjudicataria. Igual sucede con el resto de cánones.

En relación con lo alegado por la recurrente para cuestionar la viabilidad de la oferta de la UTE que no ha considerado la hipótesis de que el Ayuntamiento no garantiza el suministro a la planta de un número mínimo de toneladas, supuesto en el

no se obtendría ingresos opone que los pliegos incluyen explícitamente un escenario de entrada de toneladas en función de las previsiones actuales por lo que no tiene sentido que se exija que la oferta se deba presentar considerando que no se va a tratar ninguna tonelada de residuos. Ahora bien, lo que el pliego pretende y así lo hace constar, es que las ofertas se planteen teniendo en cuenta el escenario de toneladas previsto en el pliego aún haciendo constar que estas cantidades no están garantizadas (por ello se trata de una concesión de servicio en la que el concesionario asume el riesgo y ventura de la explotación), pero, es más, el envío de cero toneladas de residuos no se ha producido jamás en todos los años de funcionamiento de las plantas.

En relación con la admisibilidad de la oferta con canon 0 cita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 10 de septiembre de 2020 C-367/19 (ECLI:EU:C:2020:685) y varias resoluciones de los tribunales de recursos contractuales que consideran admisible ofertar a cero euros una de las prestaciones.

Por su parte el adjudicatario manifiesta que el contrato de concesión de servicio se ejecuta a riesgo y ventura del concesionario. Alega que en los pliegos no es establece un límite mínimo a ofertar para el canon fijo y que la renuncia no supone que se preste el contrato en gratuidad en la medida en que se existen otros conceptos retributivos. Incide, al igual que el órgano de contratación en que la diferencia entre ella, a pesar de haber oferta a 0 euros, y el segundo clasificado por este criterio es de 3,35 puntos y respecto a la recurrente de 5 puntos, lo que demuestra que no es determinante en la adjudicación.

Continua en su alegato que este canon fijo se establece para mitigar, paliar, moderar, aminorar los costes fijos pero que ni siquiera el tipo máximo de licitación establecido para ese canon fijo es capaz de cubrir los gastos totales de personal.

La UTE adjudicataria en ningún momento ha manifestado que no tenga costes fijos. Todo lo contrario, los ha tenido en cuenta tanto en la elaboración de la oferta como en la justificación de temeridad de la misma, pudiendo apreciarse en esta última la distinción entre costes fijos y variables. Lo que la UTE adjudicataria ha hecho, explorando las posibilidades legítimas que los distintos criterios de adjudicación ofrecen a todos los licitadores, es renunciar en su oferta a una cantidad de ingresos fijos (a la parte del precio al que se refiere el artículo 15.1 de la LCSP) y optar por el riesgo de soportar la oferta en base a unos ingresos totalmente variables, esquema perfectamente compatible con la naturaleza del contrato que se licita, que comporta una mayor asunción del riesgo operacional para el concesionario y que, por tanto, resulta beneficioso para la Administración.

Vistas las posiciones de las partes es preciso recordar que como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Por ello, si el recurrente discrepaba de la fórmula establecida para puntuar las ofertas debió impugnarla en el momento procedimental oportuno.

En cuanto a que la UTE oferta a 0 euros el canon fijo no es un impedimento, pues no se establece dicha limitación en los pliegos. En este sentido señalar que es doctrina comúnmente aceptada que se pueda licitar 0 euros una determinada prestación, citando por todas la Resolución 38/2018 de este Tribunal, citada por el órgano de contratación: *“Como reiteradamente ha manifestado este Tribunal, la exigencia de que el cálculo del valor del contrato se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.*

El Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en un supuesto semejante al que ahora nos ocupa, estimó un recurso, trayendo a colación la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH, en que el TJUE considera que, para que pueda hablarse de la existencia de un contrato público de obras, es necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación (F.J. 45) Los tribunales de recursos contractuales admiten un concepto amplio de onerosidad y han reconocido la posibilidad de ofertar cero euros por alguna de las prestaciones que integran el contrato, al entender que el coste de los servicios ofertados a cero euros podía considerarse incluido en el precio general del contrato. Así, el TACRC en las Resoluciones 661/2014 y 1045/2015, la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León 98/2015 y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en sus Acuerdos 61/2014 y 13/2015.

Cabe citar también la Resolución 396/2014, del TACRC, que, tras mencionar las conclusiones del Abogado General, presentadas el 11 de abril de 2013, en el Asunto C- 576/10 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2010, en el asunto 451/2010, concluye que “estos pronunciamientos cuando hablan de la onerosidad del contrato público se centran, sobre todo, en el beneficio del poder que adjudica el contrato, resultando, al menos en estas referencias, la naturaleza de la contraprestación de la otra parte, del contratista, que funciona también como esencial en los contratos onerosos, pero con un carácter, si se quiere, menos riguroso, al

menos en lo que al concepto económico se refiere, que el beneficio económico que debe suponer, en todo caso, el contrato, para la administración.”

Este Tribunal, acogiendo la doctrina expuesta, considera que la proposición ofertada por la adjudicataria (cero euros/hora en el coste de uno de los integrantes del equipo que prestará el contrato) no es contraria a derecho ni anula la nota de onerosidad el contrato, en la medida que puede entenderse, que dicho coste se retribuye con cargo al precio general del contrato. Abunda en esta consideración la circunstancia de que existen supuestos admitidos normativa y doctrinalmente en que eventualmente una prestación o producto de los ofertados puede serlo a precio cero euros, como sería el caso de las ofertas integradoras, variantes con rapeles, ofertas 3x2, etc.”.

En el presente caso el hecho de que se haya ofertado el canon fijo a 0 euros no puede implicar la exclusión de la oferta. A mayor abundamiento, es significativo que ni siquiera este hecho ha dado lugar a que el resto de ofertas hayan obtenido 0 puntos, pues como indica el órgano de contratación *“la puntuación obtenida por la UTE en el apartado del canon fijo anual fue de 25 puntos habiendo ofertado un canon de 0 €; la empresa Valoriza obtuvo 21,65 puntos habiendo ofertado un canon de 1.075.000 €; y la empresa recurrente, Urbaser, obtuvo 20 puntos habiendo ofertado un canon de 1.548.000 €”.*

Lo determinante es si esta oferta considerada en su conjunto es viable. Por ello, al estar la oferta de la UTE incurso en presunción de anormalidad se le requirió de conformidad con el artículo 149 de la LCSP para que justificase la viabilidad de su oferta concluyendo el informe que analiza la misma su viabilidad. Al respecto destacar que el recurrente en ningún momento cuestiona el informe técnico.

En consecuencia, se desestima esta pretensión del recurrente.

5.3. Ausencia de coherencia de la propuesta de la UTE adjudicataria respecto de los criterios automáticos “porcentajes de recuperación de materiales” y “porcentajes de rechazo”.

Pone de manifiesto el recurrente que de los 100 puntos totales que conforman los criterios de valoración, 80 corresponden a criterios valorables en cifras o porcentajes. 55 de estos puntos corresponden a cifras de carácter económico (cánones) uno expresado en euros anuales (canon fijo) y otros en euros por tonelada (cánones variables), y los otros 25 puntos corresponden a los porcentajes de rechazo y de recuperación de materiales.

Considera que debe existir coherencia entre los valores económicos y los porcentajes de rechazo y recuperación de materiales. De lo contrario, en caso de presentar incoherencia, y particularmente si las mismas se deben al intento de maximizar artificialmente la puntuación obtenida, la oferta debería descalificarse bajo dicho criterio de baremación.

En cuanto a los porcentajes de rechazo y de recuperación de materiales, los pliegos requieren a los licitadores que su proposición económica siga el modelo del Anexo II del PCAP, lo cual supone rellenar una tabla en la que se pide para cada uno de los 55 meses del contrato el valor esperado de rechazo y de recuperación de materiales. Dicha información será empleada por el Órgano de Contratación de la siguiente manera:

- El valor mes a mes lo empleará para aplicar penalizaciones por incumplimiento de los valores ofertados, tal y como recoge la cláusula 35 de las CDC (concretamente se toma el valor promedio de los 12 meses anteriores).
- El valor promedio se empleará para puntuar a los licitadores.

Los 55 meses corresponden al periodo contractual contemplado en el PCAP “*fecha prevista de inicio*” del contrato el 1 de junio de 2021 y el 31 de diciembre como “*fecha improrrogable de fin del contrato*”. Dado que la fecha de entrega de oferta era el 3 de agosto de 2021, la duración del contrato evidentemente sería menor a 55 meses.

A juicio del recurrente, esta situación hacía posible que algún licitador presentara una oferta de contenido imposible para maximizar su puntuación. Para ello, rellenaría los últimos valores de la tabla con valores imposibles, mejores a los realmente esperados, para aumentar su valor promedio, y así puntuar más.

Además, este ardid no tendría consecuencias ya que se llegaría a la fecha de fin de contrato, “*improrrogable*”, antes de llegar a los últimos meses de la tabla. Es decir, el contrato nunca llegaría a los referidos últimos meses de la tabla con valores imposibles, y por tanto no se le podría aplicar penalizaciones asociadas a los mismos.

Varias empresas solicitaron aclaración al respecto, contestando el órgano de contratación:

“El plazo de duración del contrato, será desde su formalización hasta el 31 de diciembre de 2025, fecha que no se puede retrasar ni prorrogar. De manera que la duración del contrato no será de 55 meses sino de los meses que transcurran desde la formalización e inicio de la ejecución hasta el 31 de diciembre de 2025. Los licitadores deberán asumir esta circunstancia en sus ofertas, no procede en este caso la incorporación de tablas de amortización de las inversiones en la oferta.

A los efectos de la cumplimentación del Anexo II del modelo de proposición económica del PCAP, así como para los cálculos y promedios establecidos en las fórmulas de valoración y de pago, se considerará un plazo de explotación de 55 meses.

La aplicación del cumplimiento mensual de la tabla del Anexo II del PCAP durante la ejecución del contrato, tendrá en cuenta los meses de duración efectiva del mismo, aplicándose dicha tabla en los siguientes términos: el primer mes de

explotación efectiva se aplicará el porcentaje de recuperación y de rechazo establecido por el adjudicatario para el primer mes de la tabla del Anexo II, y así sucesivamente con la excepción de los últimos meses de contrato. En los últimos meses de contrato, se requerirá el cumplimiento de los porcentajes de recuperación y rechazo establecidos por el adjudicatario para los últimos meses de explotación en la tabla del Anexo II. Se entiende por “últimos meses de explotación” el número de meses que resulte de restar 55 menos los meses efectivos de explotación.

Ejemplo: si la duración efectiva de la explotación es de 49 meses, los “últimos meses de explotación” serán 6, y a estos 6 meses (los meses 44, 45, 46, 47, 48 y 49 de explotación efectiva) se les aplicarán los porcentajes de recuperación y de rechazo asociados en la tabla a los meses 50, 51, 52, 53, 54 y 55”.

A criterio de la recurrente los valores ofertados por la UTE para los meses 30 a 42 no responden a la realidad esperada por la adjudicataria, sino a una clara intención de manipular los criterios de valoración. Realiza un análisis de la tabla de rechazos y material de recuperación ofertada y concluye que la oferta de la adjudicataria no guarda coherencia con la ejecución del contrato propuesta, no corresponde los valores por que ha sido valorada con los valores que espera obtener y que presumiblemente no guardan coherencia con el resto de parámetro ofertados.

Por su parte el órgano de contratación alega que no se puede acoger la pretensión de la recurrente de que no se valore el cuadro ofertado por la UTE (Anexo II del PCAP) pues el mismo es conforme a los pliegos. Por ello no se puede afirmar sin fundamento suficiente que lo sustente, que no se aporta, “*que es técnicamente cuestionable y que su intención era manipular los criterios de evaluación*”.

Con carácter general, el planteamiento propuesto por cada una de las empresas en relación con los porcentajes de recuperación de materiales y de rechazos, obedece a su específico plan de explotación.

Precisamente la coherencia entre la oferta técnica y la económica, alegada por la recurrente, es la que se ha tenido en cuenta a la hora de analizar la justificación de la oferta presentada por la UTE adjudicataria del contrato en relación con estos dos criterios del porcentaje de recuperación de materiales y el de rechazos de tratamiento. Así el informe municipal de valoración de la justificación de la oferta de la UTE adjudicataria, determina la coherencia de los porcentajes de recuperación de materiales y los porcentajes de rechazo de residuos establecidos por la empresa adjudicataria en correlación con las mejoras técnicas y las inversiones previstas en la oferta técnica de esta UTE. En el punto 8 de dicho informe, tras analizar la oferta en su conjunto, incluyendo las soluciones técnicas que se pretenden implantar para la explotación de las instalaciones se concluye lo siguiente.

En cuanto a los porcentajes de recuperación de materiales:

“Para determinar si el nivel de recuperación total en todos los procesos está en torno a valores razonables técnicamente de acuerdo con el sistema de explotación ofertado, se pueden ver los porcentajes de recuperación ofertados por los demás licitadores (los cuales no han incurrido en baja desproporcionada), siendo estos los siguientes valores: 7,93% [Sogapol]; 9,31% [FCC]; 11,41% [Urbaser] y 19% [Valoriza]. Vemos, por lo tanto, que la recuperación de materiales ofertada por la UTE CESPAA – AQUAMBIENTE del 12,94% está dentro del rango de recuperaciones ofertados por los demás licitadores.

Teniendo en cuenta las justificaciones aportadas por la UTE y las aclaraciones adicionales relativas a la recuperación del papel y cartón, se considera que los porcentajes de recuperación de materiales resultan coherentes con la oferta técnica presentada por la UTE, razonables y adecuados a la explotación que se va a llevar a cabo, por tanto, se entienden justificados los valores de las toneladas de materiales recuperados”.

En cuanto a los porcentajes de rechazo:

“Con la finalidad de reducir el rechazo al 10 % ofertado, la UTE presenta una solución técnica que permite alcanzar dicho objetivo de acuerdo con la posibilidad,

establecida en el pliego, de admitir la formulación de propuestas técnicas de mejora de la instalación que aumenten el rendimiento en la recuperación de materiales, el rendimiento energético y la reducción de envíos al vertedero, cuestiones todas ellas relacionadas entre sí.

Los porcentajes de rechazo ofertados por la UTE son del 45,27% para los seis primeros meses del contrato (Fase 1) y posteriormente del 7,73% para los 36 meses restantes (Fase 2). Estos porcentajes son coherentes con la realidad de la explotación ya que los primeros 6 meses no están aún implementadas las mejoras técnicas ofertadas que permitan alcanzar una mayor reducción del rechazo, quedando compensados en los 36 meses restantes de explotación.

La determinación de los porcentajes de rechazo mensualmente considerados, tal y como se exigía en el Anexo II del PCAP, tendrá su reflejo, en tanto que valores ofertados y obligatorios para el adjudicatario final, en las certificaciones mensuales, toda vez que el apartado 9 del Anexo I del PCAP contempla descuentos económicos (€/t) en los pagos mensuales para los casos en los que los porcentajes de rechazo efectivo supere los valores del 10% sobre la entrada de RD o el ofertado por cada licitador en el Anexo II del PCAP.

El porcentaje de rechazo ofertado por la UTE es similar al del resto de los licitadores, y se considera suficientemente justificado y coherente con el sistema de explotación y mejoras incluidas en la oferta”.

Como ya se ha puesto de manifiesto, los porcentajes de recuperación de materiales previstos por la UTE adjudicataria oscilan entre el 3,19% en los primeros meses en que no están todavía implementadas las mejoras, el 12,94% y el 17,44%, resultando un promedio final (que es el que se valora a efectos de puntuación) de 12,94%, que, como se ha mencionado ya anteriormente, se encuentra en la media de los demás licitadores. Hay que tener en cuenta que otras empresas han ofertado para los meses en que ya se han implementado las mejoras porcentajes de recuperación superiores a los de la UTE adjudicataria, como Valoriza que oscila entre el 4,29% los primeros meses y el 21,14% los demás meses. Para el caso en que la UTE, o cualquier otra empresa, no lograra cumplir con los porcentajes de recuperación

previstos el propio pliego, éste prevé los correspondientes mecanismos de penalización y descuentos directos en el pago de los cánones (apartado 9 del Anexo I del PCAP, relativo a los descuentos 1 y 2 aplicables sobre el canon, página 61).

En cuanto a los porcentajes de rechazo los planteamientos de las diversas empresas han sido muy diferenciados, pero todas ellas (excepto una) obtienen un promedio mensual del 10%, y obtienen en consecuencia la máxima puntuación de 16 puntos estas cuatro empresas. Algunas empresas mantienen un porcentaje constante de rechazo y otras reflejan oscilaciones asociadas a la implantación de las mejoras técnicas y a sus respectivos proyectos de explotación. Por todo ello, y siguiendo el planteamiento del pliego, este criterio se ha valorado atendiendo al promedio de rechazo de todo el periodo. El porcentaje de rechazo está directamente vinculado al balance de masas de la instalación, es decir, directamente vinculado al porcentaje de recuperación de materiales, por lo tanto, lo que ha de mantenerse la coherencia entre las dos variables.

Añade el órgano de contratación que en todo caso si se aplicara a la empresa adjudicataria la puntuación en los términos de la tabla elaborada por URBASER (que excluye determinados meses), tabla que señala que el porcentaje de recuperación aplicable a la UTE debería ser del 11,55% en lugar del 12,94% ofertado, y que el del rechazo debería ser del 13,09% en lugar del 10% ofertado, la puntuación de adjudicataria sería en cuanto al porcentaje de recuperación de 4,53 puntos en lugar de 5,36; y respecto al porcentaje de rechazo, la puntuación sería de 14,76 puntos, en lugar de los 16 obtenidos. La puntuación final de la UTE sería de 91,72, y la puntuación final de Urbaser sería de 84,41, por lo que tampoco se alteraría el resultado final de la adjudicación.

En cuanto a la posibilidad expuesta por la recurrente de que no se valore a la empresa adjudicataria en relación con estos criterios, no procede puesto que no se ha producido incoherencia entre la oferta técnica y la económica que pudiera alterar la calidad en la prestación del servicio, ni existe previsión alguna al respecto en el pliego.

Por su parte la UTE manifiesta que es inadmisibile que no se valore el cuadro ofertado en relación con los materiales de recuperación y rechazo pues se ha presentado de acuerdo con lo establecido en los pliegos. Lo que pone de manifiesto URBASER es un posible incumplimiento, que en su caso dará a las correspondientes penalizaciones, y que la recurrente pretende sustituir la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

A la vista de los antecedentes transcritos, este Tribunal considera que nos encontramos ante un documento del expediente de contratación que contiene un componente de carácter eminentemente técnico.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020, de 13 de noviembre, o la 187/2019 de 16 de mayo, *“cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar

limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

A juicio de este Tribunal, analizado el informe técnico y las explicaciones aportadas por el órgano de contratación no aprecia error en el mismo por lo que no se puede acoger la pretensión de la recurrente de no valorar dichos criterios de adjudicación respecto de la oferta de la UTE, máxime cuando en el informe consta que *“la justificación de la oferta económica presentada permite igualmente el cumplimiento de la oferta técnica presentada. La oferta presentada en su conjunto (la oferta técnica, la económica y la justificación de la viabilidad) resultan consistentes y dotadas de coherencia interna, de manera que quedan encajados y coordinados todos sus elementos”.*

En consecuencia, se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de URBASER, S.A. contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el contrato de “Concesión de servicio público para tratamiento de residuos

domésticos, con recuperación de materiales y valorización energética de combustible derivado de residuos en la Planta de las Lomas del Parque Tecnológico de Valdemingómez”, número de expediente 133/2020/00281.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL